

Les Cahiers de droit



La primauté du droit : la situation des immigrants et des réfugiés en droit canadien au regard des Chartes et des textes internationaux

Christian Brunelle

Volume 28, numéro 3, 1987

Paix, relations internationales et respect des droits humains

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042833ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042833ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brunelle, C. (1987). La primauté du droit : la situation des immigrants et des réfugiés en droit canadien au regard des Chartes et des textes internationaux. *Les Cahiers de droit*, 28(3), 585–624. <https://doi.org/10.7202/042833ar>

Résumé de l'article

The « rule of law » which for a long time was considered as an unwritten part of the Constitution now enjoys full constitutional status. Its enshrining in the preamble of the Canadian Charter sheds considerable light on the manner in which the rights and freedoms of the Charter should be perceived. The author opens his discussion by examining the impact that the constitutionalization of the « rule of law » has had on immigrants and refugees in Canada. As the Immigration Act of 1976 confers numerous discretionary powers which could result in their abusive use, the author analyses how the Human Rights charters applicable in Canada and in Quebec can insure the legal protection of immigrants and refugees.

In the second part of his study, the author discusses the principal international texts ratified by Canada which have as their purpose the protection of the rights of immigrants and refugees. As international law is not « self-enforcing » in Canada, the author shows how the internal legal community conforms to the international obligations contracted by Canada.

La primauté du droit : la situation des immigrants et des réfugiés en droit canadien au regard des Chartes et des textes internationaux

Christian BRUNELLE *

The « rule of law » which for a long time was considered as an unwritten part of the Constitution now enjoys full constitutional status. Its enshrining in the preamble of the Canadian Charter sheds considerable light on the manner in which the rights and freedoms of the Charter should be perceived. The author opens his discussion by examining the impact that the constitutionalization of the « rule of law » has had on immigrants and refugees in Canada. As the Immigration Act of 1976 confers numerous discretionary powers which could result in their abusive use, the author analyses how the Human Rights charters applicable in Canada and in Quebec can insure the legal protection of immigrants and refugees.

In the second part of his study, the author discusses the principal international texts ratified by Canada which have as their purpose the protection of the rights of immigrants and refugees. As international law is not « self-enforcing » in Canada, the author shows how the internal legal community conforms to the international obligations contracted by Canada.

* Étudiant à la Faculté de droit de l'Université Laval. Grâce à ce texte, l'auteur s'est mérité la première place lors du concours annuel (1986-87) de la Commission internationale des juristes. Il remercie sincèrement le professeur Henri Brun, qui l'a dirigé dans sa recherche.

	Pages
Introduction	586
1. La situation des immigrants et des réfugiés au regard du droit interne	589
1.1. La distinction entre l'immigrant et le réfugié	589
1.2. La primauté du droit et le droit interne	591
1.2.1. La portée du préambule de la Charte canadienne	591
1.2.2. L'impact de la constitutionnalisation de la primauté du droit sur la situation des immigrants et des réfugiés	592
1.3. L'immigration : droit ou privilège ?	595
1.3.1. La situation traditionnelle	595
1.3.2. Perspectives d'avenir au regard de l'arrêt <i>Singh</i>	596
1.4. Les Chartes des droits de la personne et la protection juridique des immigrants et des réfugiés	598
1.4.1. La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	598
1.4.1.1. L'interprétation du terme « chacun »	598
1.4.1.2. Les limitations posées aux droits des immigrants et des réfugiés	600
1.4.2. La <i>Déclaration canadienne des droits</i>	604
1.4.2.1. L'application mitigée de la Déclaration canadienne	604
1.4.2.2. L'arrêt <i>Singh</i> : un second souffle	605
1.4.3. La <i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i>	606
1.4.4. La <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	608
2. La situation des immigrants et des réfugiés au regard du droit international	609
2.1. La mise en œuvre du droit international	609
2.2. La primauté du droit et le droit international	611
2.2.1. La primauté du droit interne	611
2.2.2. L'influence du droit international sur le concept de primauté du droit	612
2.3. Les textes internationaux et la protection juridique des immigrants et des réfugiés	613
2.3.1. La Charte internationale des droits de l'homme	613
2.3.1.1. La <i>Déclaration universelle des droits de l'homme</i>	613
2.3.1.2. Le <i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>	615
2.3.2. La <i>Convention relative au statut des réfugiés</i>	617
2.3.2.1. La définition de « réfugié » : ses lacunes, ses limites	617
2.3.2.2. La conformité du droit interne avec la Convention	621
Conclusion	623

Introduction

En quelques mois, le phénomène de l'immigration au Canada et tout particulièrement en sol québécois, a pris une place qu'il n'avait encore jamais occupée dans l'opinion publique. L'arrivée massive et inopinée de ressortissants étrangers réclamant la protection du Canada a engendré de

vives réactions. Aux préjugés qui ont traditionnellement caractérisé, surtout en période de chômage, les propos tenus par certains nationaux envers ceux qui constituent la mosaïque canadienne, il faut ajouter la crainte viscérale des Québécois francophones d'être dépossédés du pouvoir dans la seule province où ils forment la majorité ; pour les Québécois, immigration et francisation doivent nécessairement aller de pair.

Mais quelle que soit la légitimité des préoccupations linguistiques ou l'ampleur des contraintes économiques, il serait odieux de maximiser leur importance au détriment des droits de la personne. Tirailé entre la peur d'une réaction hostile de ses citoyens et le maintien de sa réputation internationale, le Canada se doit d'assumer l'une pour la préservation de l'autre.

Parmi les principes auxquels la société canadienne adhère, il en est un qui reconnaît à toute personne « le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État »¹. De même, dans la mesure où l'on admet que face à la persécution, « toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays »², on reconnaît implicitement que le Canada assume une responsabilité au niveau international à l'égard des immigrants et des réfugiés.

La *Loi constitutionnelle de 1867*³, qui est à la base de la Confédération canadienne, fait de l'immigration un domaine de compétence concurrente entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales. L'article 95 de cette loi est libellé comme suit :

La législature de chaque province pourra faire des lois relatives à l'agriculture et à l'immigration dans cette province ; et il est par les présentes déclaré que le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, faire des lois relatives à l'agriculture et à l'immigration dans toutes les provinces ou l'une quelconque d'entre elles. Une loi de la Législature d'une province sur l'agriculture ou l'immigration n'y aura d'effet qu'aussi longtemps et autant qu'elle ne sera pas incompatible avec l'une quelconque des lois du Parlement du Canada.

Ce droit de légiférer auquel la Législature québécoise et le Parlement fédéral peuvent juridiquement prétendre en vertu de cet article se concrétise par la *Loi sur l'immigration de 1976*⁴ et son « complément » québécois, la *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration*⁵.

1. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. off., A.G., 3^e session, première partie, résolution 217/A (III) p. 71 Doc. N.U. A/810 (1948), a. 13(1).

2. *Id.*, a. 14(1).

3. S.R.C., 1970, app. II, n° 5.

4. S.C. 1976-77, c. 52.

5. L.R.Q., c. M-23.1.

L'immigration est donc une compétence partagée entre les deux paliers de gouvernement mais la Constitution ne déterminent pas les attributions respectives de chacun d'eux.

Pour remédier à cette lacune, le législateur fédéral permet de « conclure des accords avec les provinces en vue de formuler, de coordonner et de mettre en œuvre la politique et les programmes d'immigration »⁶. Ainsi, le 20 février 1978, les gouvernements canadien et québécois signaient une entente qui octroyait au Québec des pouvoirs en matière de sélection des ressortissants étrangers désireux de s'établir en territoire québécois. Il s'agit de l'entente Cullen-Couture⁷. Cet accord habilite donc le Québec à participer à la sélection des immigrants et des réfugiés qui s'établissent sur son territoire tout en respectant la primauté législative du fédéral en matière d'admission des étrangers en sol canadien; « [L]'entente n'entre pas en conflit avec la législation fédérale, mais vient plutôt la compléter... »⁸

La situation des immigrants et des réfugiés est par conséquent l'objet de préoccupations au niveau du droit international d'une part, et du droit interne, fédéral et provincial, d'autre part.

Bien qu'il ne soit pas de notre propos de procéder à une rigoureuse analyse des législations internes relatives à l'immigration, nous y référerons au besoin. L'approche privilégiée sera celle des droits de la personne. Nous tenterons d'établir dans quelle mesure les immigrants et les réfugiés bénéficient des droits et libertés que les Chartes des droits de la personne garantissent.

La deuxième partie de notre étude abordera la situation des immigrants et des réfugiés sous l'angle du droit international. Nous tenterons de démontrer dans quelle proportion le droit interne canadien et québécois est conforme aux normes internationales.

6. *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, a. 109(2); une disposition analogue se retrouve dans la *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration*, *id.*, a. 6.

7. Voir à ce sujet; BRUN, H., TREMBLAY, G., *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 148; BROSSARD, J., DeMONTIGNY, Y., « L'immigration: ententes politiques et droit constitutionnel », (1985) 19 *R.J.T.* 307, p. 314; DESJARDINS, A., « La condition des étrangers au regard de l'immigration, de la citoyenneté et de quelques autres lois fédérales au Canada », (1980) 34 *Rev. jur. et pol., Ind. et coop.* 269, p. 275.

8. BROSSARD et DeMONTIGNY, *id.*, p. 322.

1. La situation des immigrants et des réfugiés au regard du droit interne

1.1. La distinction entre l'immigrant et le réfugié

Distincts d'un point de vue juridique, ces deux groupes se rapprochent souvent dans les faits, d'où la tendance à les confondre.

Le droit interne nous apprend peu de chose sur ce qu'on entend par « immigrant ». Au sens de la *Loi sur l'immigration de 1976*, l'immigrant est « la personne qui sollicite le droit d'établissement »⁹. La *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration* n'est guère plus éloquente à ce sujet. À vrai dire, ces lois nous renseignent davantage sur ce que n'est pas un immigrant ; en vertu de ces lois, l'immigrant n'est pas un « citoyen canadien » ni même un « résident permanent »¹⁰.

Pour pallier l'insuffisance de ces « définitions juridiques », il est opportun de chercher à définir autrement ce que désigne le terme « immigrant » :

*Immigrants voluntarily choose to relocate, generally with a view of self-improvement and achieving a higher quality of life for themselves and their families. Economic considerations are the most frequent motivating factors.*¹¹

L'immigrant choisit donc volontairement de s'établir dans un pays autre que le sien dans le but ultime d'améliorer sa qualité de vie. L'incitation au départ sera fondée le plus souvent par des contraintes économiques mais aussi par le désir d'une vie affective et familiale plus harmonieuse.

En revanche le réfugié, bien qu'il possède plusieurs des caractéristiques de l'immigrant, se distingue de ce dernier par le fait que la fuite de son pays d'origine est involontaire. Le réfugié se différencie de l'immigrant en ce qu'il a été astreint à quitter son pays d'origine, non en raison de nécessités économiques, mais à la suite d'événements qui ont pu lui faire craindre « d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques »¹². Cette

9. *Supra*, note 4, a. 2(1).

10. *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, a. 2(1); *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration*, L.R.Q., c. M-23.1, a. 2; *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, c. 108, a. 5(1)(b).

11. WYDRZYNSKI, C., « Refugees and the Immigration Act », (1980) 25 *McGill L.J.* 154.

12. *Supra*, note 4, a. 2(1); ZOLBERG, A., SUHRKE, A. et AGUAYO, S., « International factors in the formation of Refugee movements », (1985) 20 *I.M.R.* 151, p. 153 : « In short, [...] refugees can be defined as persons whose presence abroad is attributable to a well-founded fear of violence... In cases of persecution covered by the classic definition, the violence is

définition est issue de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹³ signée à Genève le 28 juillet 1951 et complétée par le protocole¹⁴ signé à New York le 21 janvier 1967¹⁵.

On constate que « le réfugié est avant tout un individu dont la vie ou la liberté est menacée par les autorités de son pays et qui cherche asile ailleurs... »¹⁶ C'est précisément ce « déracinement » involontaire qui justifie une certaine souplesse à l'égard des réfugiés lors des procédures d'admission : « *Admission criteria should emphasize humanitarian rather than economic concerns* »¹⁷. Il serait injuste d'exiger le respect de critères trop stricts de la part des réfugiés¹⁸. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles les deux ordres de gouvernement disposent du droit de dispenser un individu des règlements pour des considérations humanitaires¹⁹.

La distinction entre l'immigrant et le réfugié n'est pas que factuelle. Elle comporte des incidences juridiques non négligeables. Mentionnons, à titre d'exemple, l'obligation pour l'immigrant de se munir d'un visa avant de se présenter à un point d'entrée canadien alors qu'on ne l'exige pas pour le réfugié²⁰. Ajoutons que les immigrants sont admis en vertu d'un système de pointage : un minimum de cinquante points doit être obtenu pour être admis au Canada. Cette exigence n'est pas requise des réfugiés²¹. « L'on tente plutôt d'évaluer leur aptitude générale à s'adapter avec succès à la vie canadienne »²². On constate donc une certaine souplesse de la loi à l'égard des réfugiés. D'où l'importance de faire les distinctions qui s'imposent.

Les sujets de notre étude étant différenciés, voyons comment le droit interne régularise leur situation.

initiated by some recognizable internal agent, such as the government, and directed at a specified target group; the presence of members of the group abroad may be the result of flight to avoid harm, or of expulsion, itself a form of violence. »

13. Nations unies, Recueil des traités, vol. 189, p. 151, a. 1(2).

14. *Id.*, vol. 606, p. 269, a. 1(2).

15. *Supra*, note 4, a. 2(2).

16. ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, Cowansville, Yvon Blais, 1985, p. 161.

17. WYDRZYNSKI, *supra*, note 11, p. 154.

18. *Id.*, p. 173 : « *The humanitarian basis of the refugee admission should remain the central focus* ».

19. *Loi sur l'immigration de 1976, supra*, note 4, a. 115(2); *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration, supra*, note 5, a. 3.1.

20. *Loi sur l'immigration de 1976, supra*, note 4, a. 9(1).

21. *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, G.O. Can., partie II, p. 757, a. 9(1)(b).

22. DESJARDINS, *supra*, note 7, p. 272.

1.2. La primauté du droit et le droit interne

En principe, l'État régit librement l'accès des étrangers à son territoire « puisqu'on lui reconnaît à ce chapitre une compétence discrétionnaire totale »²³.

Cette liberté comporte une limite, celle de l'arbitraire. S'il est admis qu'un État peut imposer le respect de ses règles constitutionnelles, pénales, administratives ou procédurales aux nouveaux arrivants, en retour, il doit se plier à ces mêmes règles dans ses relations avec eux. Un gouvernement ne peut se soustraire aux règles du droit interne pour le simple motif que l'intéressé est étranger.

Cette soumission au droit, cette protection fondamentale de la personne contre toute manifestation arbitraire des pouvoirs publics est désignée sous le nom de *rule of law*, qu'on appelle aussi « principe de légalité », « règne du droit » ou « primauté du droit ». Perçue autrefois comme une partie non écrite de notre constitution²⁴, « la primauté du droit qui n'était nulle part affirmée par le législateur est dorénavant formellement reconnue »²⁵ par le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶.

1.2.1. La portée du préambule de la Charte canadienne

Même si l'application réelle, concrète et significative de la primauté du droit soulève des doutes dans l'esprit de certains²⁷, elle n'en demeure pas

23. ARBOUR, *supra*, note 16, p. 158 ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 144.

24. BEAUDOIN, G., « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux », (1975) 53 *R. du B. Can.* 675, p. 676.

25. PRATTE, S., « La primauté du droit : l'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés », (1986) 27 *C. de D.* 685, p. 696.

26. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), c. 11.

27. Voir par exemple : LOSCHAK, D., « La science administrative et le droit » dans BOULET, L., *Science et action administratives*, Paris, Organisation, 1980, p. 57 et s. : « ... la soumission de l'administration étatique au droit... est la traduction directe du principe de légalité ; cette soumission étroite a pour conséquence que toute l'action de l'administration s'inscrit dans un réseau serré de règles juridiques dont elle ne peut s'évader, de sorte que le droit nous renseigne assez fidèlement sur ce qu'elle est et sur ce qu'elle fait. Mais raisonner ainsi c'est [ignorer]... que des pans entiers de l'activité administrative se déroulent en marge du droit, parce que le droit ne rend compte que de la partie visible des phénomènes qui n'est pas toujours la plus significative ni la plus éclairante, parce que dire, enfin, que l'administration est liée par le droit, c'est oublier que le droit et l'administration ne sont pas dans un rapport d'extériorité, que la norme n'est pas une donnée initiale, qu'elle a au contraire une genèse dont on ne peut se désintéresser, et que la fonction qu'elle remplit dépasse de beaucoup sa portée immédiate d'encadrement des rapports sociaux. [...] L'affirmation selon laquelle l'administration est soumise au droit est une affirmation tronquée. »

moins un principe fondamental de la Constitution²⁸. D'ailleurs, le préambule de la Charte canadienne confère maintenant une assise législative à la primauté du droit :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :²⁹

La portée du préambule d'une loi constitutionnelle demeure problématique. Il est en effet reconnu que « ni la loi d'interprétation fédérale ni les lois d'interprétation provinciales ne s'appliquent à la Charte »³⁰. L'interprétation retenue, circonstanciée, réfléchie, circonspecte, évolutive et dynamique que commande la Charte³¹ est inconciliable avec les lois d'interprétation applicables aux lois ordinaires. Néanmoins, il est permis de croire que les lois d'interprétation³² ont incité la Cour suprême à admettre implicitement que le préambule a une valeur interprétative certaine, qu'il fait partie de la Charte et sert à expliquer « l'objet et la portée » de ses diverses dispositions³³. Le préambule ne saurait justifier une interprétation qui va à l'encontre du sens premier d'un article de la Charte mais il peut jeter un éclairage significatif sur les objectifs poursuivis par celle-ci.

Ainsi, la Charte canadienne consolide, étaye la primauté du droit et son interprétation doit se concilier avec les valeurs que ce concept sous-tend.

1.2.2. L'impact de la constitutionnalisation de la primauté du droit sur la situation des immigrants et des réfugiés

En plus de consacrer législativement la primauté du droit, la Charte canadienne contient une disposition qui assure sa préséance sur toute autre loi :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.³⁴

28. DUSSAULT, R., *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 1974, p. 1096 ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 475.

29. *Supra*, note 26.

30. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 370.

31. BRUN, H., « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social » dans BECKTON, C., MACKAY, W., *Les tribunaux et la Charte*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 1.

32. *Loi d'interprétation*, S.C. 1967-68, c. 7, a. 12 ; *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, a. 40.

33. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) du Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 ; voir au sujet du préambule : PEPIN, G., « L'administration publique et le principe de légalité », (1984) 44 *R. du B.* 137, p. 142 ; PRATTE, *supra*, note 25, p. 696 ; CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, p. 41 et ss.

34. *Supra*, note 26, a. 52(1).

Par conséquent, le principe de la primauté du droit est protégé contre toute « attaque législative ». C'est dans le contrôle judiciaire que la primauté du droit trouve son ultime sanction :

Depuis l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, la primauté du droit jouit d'un statut constitutionnel. Elle attribue aux juges un droit de regard sur l'activité législative, infra-législative et même sur la prérogative royale leur permettant d'invalidier toute règle de droit ou de condamner tout acte allant à l'encontre des droits et libertés protégés.³⁵

Comme la Charte canadienne s'applique à « tout être humain qui se trouve au Canada »³⁶, les immigrants et les réfugiés bénéficient de la protection qu'assure la primauté du droit. Ainsi, toute loi susceptible de s'appliquer à ces catégories de personnes doit se conformer aux droits et libertés garantis par la Charte mais aussi, idéalement, aux principes de justice naturelle³⁷ établis par la jurisprudence pour concrétiser le concept de primauté du droit³⁸. Ces garanties jurisprudentielles qui ont été subséquemment incorporées à la législation relative aux droits de la personne³⁹ ont maintenant un statut constitutionnel qui rendra leur violation encore plus « gênante ».

La primauté du droit a donc un contenu substantif dans la mesure où elle permet le contrôle des actes de l'administration, cela va de soi, mais aussi, de façon implicite, le contrôle du contenu des lois et règlements⁴⁰. Avec la constitutionnalisation de la primauté du droit, l'administration publique et le

35. PRATTE, *supra*, note 25, p. 706.

36. *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S., 177, p. 202.

37. Comme le juge Wilson a admis, dans le renvoi relatif au paragraphe 94(2) du *Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 33, p. 531, que « la primauté du droit que le préambule reconnaît comme l'un des fondements de notre société constitue certainement plus que de la simple procédure », il est permis d'affirmer, a fortiori, que la primauté du droit implique au moins des garanties procédurales. ; GOODWIN-GILL, G., JENNY, R. et PERRUCHOU, R., « Basic humanitarian principles applicable to Non-Nationals » (1985), 19 *I.M.R.* 556, p. 567 : « *For their effective protection, rights require a procedural framework, founded upon due process and the rule of law. This means that those who claim a right, whether of entry of treatment, should have access to a procedure for the determination of their case, or for a remedy in face of violation. Not only are the basic requirements of natural justice called for, but in a developed system also the provision of advice, speedy decision-making, detailed statements of reasons for refusal of claims and remedies, and the opportunity for renewal of appeal.* »

38. Voir à ce sujet : GARANT, P., *Droit administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1985, p. 11 et 12 ; LEMIEUX, D., *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Montréal, CEJ, 1983, p. 11-4.

39. *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, a. 2(e) ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, a. 23.

40. PRATTE, *supra*, note 25, p. 707.

législateur doivent redoubler de prudence. En plus du devoir d'éviter la violation « active » des droits de la Charte, ils ont la responsabilité de ne pas violer ces mêmes droits par ricochet, « passivement » en niant cette « garantie contre l'arbitraire » que contient la primauté du droit. Par surcroît, avec l'affaire *Singh*⁴¹, cette exigence de méticulosité s'étend à toute personne qui se trouve au Canada et non seulement aux simples citoyens.

« Dans le préambule, ce n'est pas la loi qui parle [...] ; c'est le législateur qui s'adresse au citoyen et lui explique pourquoi la loi dit ce qu'elle dit »⁴². Pour cette raison, la jurisprudence traditionnelle a toujours considéré le préambule d'une loi ordinaire comme étant « inférieur » au dispositif de la loi⁴³. Qu'en est-il du préambule d'une loi constitutionnelle ? La Cour suprême ne s'est pas encore penchée sur la question. Toutefois une décision récente de la Cour fédérale de première instance⁴⁴ reconnaît que le préambule de la Charte a une valeur supra-législative au même titre que le dispositif. Bien plus, la Cour a déclaré inconstitutionnel l'article 34 de la *Loi sur la taxe d'accise*⁴⁵ en s'appuyant uniquement sur le préambule de la Charte :

Même si, en fait et en théorie, l'article 34 ne viole pas les droits et libertés proclamés par la Charte, l'article 26 prévoit bien que ce document constitutionnel ne constitue pas la seule source des droits et libertés des Canadiens. La primauté du droit est un principe fondamental de notre constitution et l'article 34 y contrevient.⁴⁶

Cette décision ouvre des perspectives insoupçonnées. Seul le temps pourra nous éclairer sur son impact réel ; si les tribunaux supérieurs la confirmaient et reconnaissaient que le préambule est plus qu'un guide interprétatif, qu'il est « source de droit » au même titre que le dispositif de la Charte, les immigrants et les réfugiés jouiraient d'une protection juridique encore plus hermétique ; la seule violation de la *rule of law*, sans la moindre atteinte à un droit ou une liberté conféré par le dispositif de la Charte, serait suffisante pour justifier l'inopérabilité d'une loi qui s'impose à eux.

41. *Supra*, note 36.

42. ISSALYS, P., *Élaboration et interprétation des lois* (notes de cours), Québec, Université Laval, 1986, p. 71.

43. Voir à titre d'exemple l'opinion de Lord Normand dans *A. G. c. Prince Ernest Augustus of Hanover* [1957] A.C. 437, p. 467.

44. *Vanguard Coatings and Chemicals Ltd. c. M.N.R.*, [1987] 1 C.F. 367.

45. Cet article conférerait au ministre du revenu le pouvoir totalement discrétionnaire de fixer un taux de taxation : *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, c. E-13, a. 34 : « Lorsque des marchandises frappées de taxe en vertu de la présente Partie ou de la Partie III sont vendues à un prix qui, de l'avis du Ministre, est inférieur au prix raisonnable sur lequel la taxe devrait être imposée, le Ministre a le pouvoir de fixer le prix raisonnable, et le contribuable doit acquitter la taxe sur le prix ainsi fixé. »

46. *Supra*, note 44, p. 394.

1.3. L'immigration : droit ou privilège ?

1.3.1. La situation traditionnelle

Peu de pays sont dotés d'une politique établie en matière d'immigration. D'autre part, les politiques d'immigration varient d'une façon considérable d'un État à l'autre. En conséquence le statut des immigrants et des réfugiés est fondamentalement assujéti aux règles particulières des systèmes nationaux. Leur admission sur le territoire d'un pays demeure à l'entière discrétion de ce pays. Leur expulsion est également une discrétion qu'on reconnaît à l'État ⁴⁷.

À vrai dire, si le droit qu'a toute personne « de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État » ⁴⁸ fait l'objet d'un consensus entre bon nombre de pays, aucun État ne fait de l'immigration un véritable droit :

On admet certes, parmi les libertés fondamentales de la personne, « le droit de quitter tout pays, y compris le sien et de revenir dans son pays » ⁴⁹ mais ce droit à l'émigration n'implique pas son corrolaire, le droit à l'immigration. Partout, l'immigration est perçue comme un privilège. ⁵⁰

L'immigration d'un étranger en sol canadien a toujours été envisagée comme un privilège :

[I]mmigration and admission to Canada is seen as a privilege to be determined by statute and regulation, and is not a matter of right. Permission to enter Canada is not viewed as a right, but a privilege to be granted on whatever conditions are deemed appropriate by the State. ⁵¹

Les tribunaux se sont d'ailleurs prononcés en ce sens nombre de fois ⁵². Cette conception indûment formaliste est difficilement conciliable avec la primauté du droit. On a vu que si la *rule of law* se traduit dans les faits par le

47. Voir la doctrine citée : *supra*, note 23 ; WYDRZYNSKI, *supra*, note 11, p. 156 ; cette discrétion ne saurait être illimitée : GOODWIN-GILL, G., JENNY, R. et PERRUCHOU, R., *supra*, note 37, p. 566 : « *Apart from its special duty to nationals, it is by no means clear that a state, under general international law, is ever bound to admit an alien. Any absolute discretion which the state might claim, however, is amply circumscribed by treaty and other obligations towards human beings at large, and to identifiable groups and individuals in particular.* »

48. *Supra*, note 1.

49. *Id.*, a. 13(2).

50. ROBIC, L., « L'immigration humanitaire au Québec : un équilibre à trouver » dans *Le Devoir* — supplément, 13 décembre 1986, p. 56 ; « L'immigration au Québec », Gouvernement du Québec, 1984, p. 43.

51. WYDRZYNSKI, C., *Canadian immigration law and procedure*, Aurora, Canada law book ltd, 1983, p. 458.

52. Voir à titre d'exemple : *Vaaro c. R.*, [1933] R.C.S. 36, p. 42, *Masella c. Langlais*, [1955] R.C.S. 263, p. 281 ; *Cronan c. M.M.I.* (1973) 3 A.I.A. 84, p. 125 ; *Jolly c. M.M.I.* (1975) 10 A.I.A. 110, p. 120 ; *Prata c. M.M.I.* [1976] R.C.S. 376, p. 380.

respect des principes de justice naturelle⁵³, l'application des principes de justice naturelle requiert l'atteinte à un droit⁵⁴. Partant, seuls les résidents permanents et les citoyens canadiens possèderaient un véritable droit d'entrer au Canada⁵⁵. « [I]l appartient à la personne désireuse d'entrer au Canada de prouver qu'elle a le droit d'y entrer... »⁵⁶. Le maintien de la dichotomie entre droits et privilèges combiné à ces dispositions législatives est donc susceptible de compromettre l'observance des règles de justice naturelle⁵⁷. Consciente de cet état de fait, la Cour suprême a apporté un certain tempérament à cette approche en 1985.

1.3.2. Perspectives d'avenir au regard de l'arrêt *Singh*

Le 4 avril 1985, la Cour suprême du Canada déclarait inconstitutionnelle une partie de la *Loi sur l'immigration de 1976* relative à la reconnaissance du statut de réfugié⁵⁸.

Les appelants, au nombre de sept, revendiquaient le statut de réfugié. Après la réception de l'avis du comité consultatif sur le statut de réfugié, le ministre de l'immigration, par application de l'article 45 de la loi, concluait qu'aucun des appelants n'était « réfugié au sens de la Convention ». Se prévalant de l'article 70(1) de la loi, les appelants ont alors présenté une demande de réexamen de leur revendication. La Commission d'appel de l'immigration, agissant conformément à l'article 71(1), a confirmé la décision négative du ministre. En aucun moment les appelants ne furent entendus. La décision fut basée sur la seule transcription écrite de l'interrogatoire des appelants.

La Cour suprême vint à la conclusion qu'une telle façon de procéder constituait une négation des principes de justice fondamentale. Trois juges sur six ont considéré qu'il y avait violation du droit à la sécurité de sa personne et ont appuyé leur décision sur l'article 7 de la Charte canadienne, trois autres ont préféré recourir à l'article 2(e) de la Déclaration canadienne⁵⁹.

53. *Supra*, paragraphe 1.2.2.

54. LEMIEUX, D., *supra*, note 38, p. 9-8.

55. *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, a. 4(1); la Charte canadienne ne reconnaît le droit d'entrer au Canada qu'aux citoyens canadiens, *supra*, note 26, a. 6(1).

56. *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, a. 8(1).

57. Voir à ce sujet : JEAN, J., *Le statut juridique de l'immigrant au Canada*, Québec, Université Laval, 1984, p. 32; *Button c. M.M.I.*, [1975] C.F. 277, p. 287.

58. *Supra*, note 36.

59. GREY, J., « Comment on *Singh v. M.E.I.* », (1986) 31 *McGill L.J.* 496, p. 502: « Both opinions are of great value and they should be considered together and not pitted against each other ».

Le principal effet de cette décision est de reconnaître sans équivoque que «les étrangers jouissent de la plupart des droits consignés dans les chartes»⁶⁰. On a toujours été réticent à reconnaître aux étrangers le droit de se prévaloir des Chartes comme moyen de contrôle de la loi sur l'immigration sous prétexte que la présence de ces personnes au Canada était une question de privilège⁶¹. L'arrêt *Singh* fait la lumière sur l'importance qu'on doit accorder à cette traditionnelle distinction entre «droits» et «privilèges» au regard de la Charte canadienne :

La dichotomie entre privilèges et droits a contribué de façon importante à restreindre l'application de la Déclaration canadienne des droits [...]. Je ne crois pas que ce genre d'analyse soit acceptable en ce qui concerne la Charte.⁶²

Cela ne signifie pas que les immigrants et les réfugiés ont un droit acquis d'entrer ou de demeurer au Canada⁶³. En revanche, la dichotomie entre «droits» et «privilèges» ne sera plus d'aucune utilité pour nier l'application des principes de justice fondamentale :

*Immigration and admission to Canada has been seen as a privilege to be determined by statute and regulation, and not as a matter of right. The state can determine as a question of privilege what conditions are deemed to be appropriate. The underlying presumption seemed to be that aliens had no cause for complaint if legislative right did not measure up to objective standards offered by concepts of overriding fundamental rights. It would seem that this simplistic view of the nature of alien status in relation to immigration law has been laid to rest by the Supreme Court of Canada in Singh and the formalistic notion of the rights/privileges dichotomy has been discarded.*⁶⁴

Ainsi, la distinction entre «droit» et «privilège» ne trouvera plus d'application lorsqu'il y a atteinte à un droit de la Charte⁶⁵. Nous croyons qu'il en est de même concernant la *Déclaration canadienne des droits*. Les distinctions subtiles et les raffinements procéduraux n'auront plus leur place

60. BRUN, H., TREMBLAY G., *Droit constitutionnel (supplément)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 11 ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 143.

61. WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 459.

62. *Supra*, note 36, p. 209 ; *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 618 : «... on oppose fréquemment "droits" et "privilèges", croyant À TORT que seuls les premiers peuvent fonder le contrôle judiciaire des actes de l'instance décisionnelle.»

63. L'arrêt *Singh* n'accorde pas un «droit à l'immigration». Celle-ci demeure un privilège. Du contrôle des frontières jusqu'à l'élaboration de politiques législatives qui encadrent, tamisent l'accès au pays, tout confirme cet état de fait ; WYDRZYNSKI, C., «Singh v. M.E.I.», (1986) 64 R. du B. Can. 172, p. 177 ; GOODWIN-GILL, G., «International law and the detention of Refugees and Asylum seekers», (1986) 20 I.M.R. 193, p. 197 : «Each state possesses, inherent in its sovereignty, the power to exclude all and any aliens...»

64. WYDRZYNSKI, *id.*, p. 176.

65. LEMIEUX, D., *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Farnham, Les publications CCH/FM Ltée, 1986, p. 2, 642.

au regard des droits fondamentaux. Seules la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées devront être considérées pour déterminer le contenu de la justice fondamentale, sur le plan procédural, dans un cas donné⁶⁶.

L'arrêt *Singh* accorde donc aux étrangers une garantie contre les « risques d'arbitraire » de l'Administration. Tout revendicateur du statut de réfugié obtient au moins le droit à une audition, puisque la transcription écrite est inadéquate lorsque la décision se fonde sur une question de crédibilité⁶⁷. De plus, on ne peut plus invoquer la distinction entre « droits » et « privilèges » pour dénier aux étrangers l'application des principes de justice fondamentale et, *a fortiori*, des principes de justice naturelle⁶⁸. Avec l'arrêt *Singh*, il ne fait plus de doute que les immigrants et les réfugiés bénéficient de la protection juridique des Chartes. Voyons quelle est l'étendue de cette protection.

1.4. Les Chartes des droits de la personne et la protection juridique des immigrants et des réfugiés

1.4.1. La Charte canadienne des droits et libertés

1.4.1.1. L'interprétation du terme « chacun »

La *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁹ s'applique aux immigrants et aux réfugiés. L'arrêt *Singh* a clairement reconnu que la Charte canadienne est un instrument qui assure une protection juridique supplémentaire aux étrangers :

... le mot « chacun » [...] vise à englober une catégorie de personnes plus large que les citoyens et les résidents permanents... [J]e suis disposée à accepter que ce mot englobe tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne.⁷⁰

66. *Supra*, note 36 p. 229.

67. *Id.*, note 36, p. 214, 231 ; LEMIEUX, *supra*, note 65, p. 2, 934.

68. S'il est reconnu que les « principes de justice fondamentale » ne sont pas l'équivalent des « principes de justice naturelle » (*Renvoi relatif au paragraphe 94(2) du Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 33, p. 501), nous sommes d'avis que les premiers, beaucoup plus « larges », englobent nécessairement les seconds ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 60, p. 115 : « L'expression "justice fondamentale" est utilisée dans un contexte qui n'oblige pas [...] à ce qu'elle soit confondue avec le concept de justice naturelle du droit administratif... L'expression justice fondamentale peut inclure des garanties procédurales qui vont du formalisme rigoureux du procès criminel jusqu'au devoir d'équité (*duty to act fairly*) de la discrétion administrative. »

69. *Supra*, note 26.

70. *Supra*, note 36.

Ainsi, toute disposition de la Charte canadienne où l'on retrouve l'expression «chacun» est applicable aux étrangers⁷¹. Nous croyons que les expressions «tous»⁷², «le public»⁷³ et «toute personne»⁷⁴ incluent également les immigrants et les réfugiés.

La *Loi sur l'immigration de 1976*⁷⁵ et toute autre loi susceptible de s'appliquer aux étrangers sont donc susceptibles d'être judiciairement contrôlées par l'entremise de la Charte canadienne. Celle-ci leur assure notamment le respect des libertés fondamentales⁷⁶ et des droits fondamentaux⁷⁷. L'article 13 de la Charte canadienne protège également les étrangers contre leurs propres témoignages incriminants. Il est vrai que la Charte utilise le terme «incriminer». Nous croyons toutefois que l'article 13 n'est pas exclusif aux affaires criminelles. À notre avis, l'utilisation du terme «procédures», sans autre qualificatif, permet d'appliquer l'article 13 à toute procédure, qu'elle soit civile ou criminelle; la version anglaise de l'article 13 utilise d'ailleurs les termes «*any other proceedings*». La présence de l'adjectif «*any*» montre que «toute» procédure civile, criminelle ou disciplinaire⁷⁸ est «couverte» par cette disposition de la Charte. Ainsi, même si la *Loi sur l'immigration de 1976* impose le devoir de «répondre sincèrement aux questions» lors des enquêtes⁷⁹, les réponses données ne sauraient être utilisées au préjudice des immigrants et des réfugiés. Le droit de recourir à un interprète est aussi formellement reconnu aux étrangers⁸⁰ même si la *Loi sur l'immigration de 1976* est muette à ce sujet. Ajoutons que les immigrants et les réfugiés bénéficient du droit à l'égalité de l'article 15 de la Charte.

71. *Supra*, note 26, a. 2, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17 et 19.

72. *Id.*, a. 15.

73. *Id.*, a. 20.

74. *Id.*, a. 24.

75. *Supra*, note 4.

76. *Supra*, note 26, a. 2: «Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- (a) liberté de conscience et de religion ;
- (b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ;
- (c) liberté de réunion pacifique ;
- (d) liberté d'association pacifique.

77. *Id.*, a. 7: «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » ; voir à titre d'exemple : *supra*, note 36.

78. *Re Donald and Law Society of British Columbia*, (1984) 2 D.L.R. (4th) 385 (C.A. C-B.) : L'application de l'article 13 à des procédures disciplinaires indique que l'application de cet article ne doit pas être confinée aux seules procédures criminelles.

79. *Supra*, note 4, a. 9(3) et 12(4).

80. *Supra*, note 26, a. 14 ; WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 476 et s.

Mentionnons pour terminer que la Charte canadienne contient une disposition « interprétative » significative en matière d'immigration :

Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.⁸¹

S'il est vrai que cette disposition, qui prend la forme d'un article d'interprétation, n'accorde aucun droit supplémentaire aux étrangers, elle facilite en revanche l'adoption de mesures destinées à compléter les dispositions de la Constitution dans le domaine de la protection des immigrants et des réfugiés⁸².

Tels sont donc les principaux droits et libertés auxquels les immigrants et les réfugiés peuvent prétendre au même titre que les « nationaux »⁸³. Toutefois, l'application de la Charte aux étrangers ne saurait être absolue. Le législateur et la jurisprudence y ont apporté des limitations importantes.

1.4.1.2. Les limitations posées aux droits des immigrants et des réfugiés

Le législateur canadien utilise plusieurs termes pour circonscrire la portée d'une disposition donnée de la Charte. Parmi ceux-ci, l'expression « tout citoyen canadien » est utilisée à quelques reprises⁸⁴. Par conséquent, les droits que la Charte confère aux « citoyens canadiens » ne peuvent être invoqués par les étrangers puisque ceux-ci ne possèdent pas la citoyenneté canadienne. Il est possible de s'interroger sur la légitimité d'une telle distinction entre les citoyens et les étrangers. Toutefois, on ne saurait prétendre qu'une telle « discrimination » est illicite :

... à moins que la lettre [...] des lois ne fasse état d'une intention claire de garantir un droit ou une faculté à tous sans exception, la discrimination basée sur la

81. *Supra*, note 26, a. 27 ; GREY, J., *Immigration law in Canada*, Toronto, Butterworths, p. 163 : « *This may be a mere rule of construction but it is significant. It is an indication that Canada has not repudiated its beginnings as a nation of immigrants and that, whatever the temporary pressures of unemployment, social conditions, or security may be, a generally liberal attitude towards travel by foreigners and towards immigration is an integral part of our tradition and should continue.* »

82. WOEHRLING, J., « La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques », (1986) 27 C. de D. 171, p. 176 s.

83. GOODWIN-GILL, JENNY et PERRUCHOUD, *supra*, note 37, p. 566.

84. *Supra*, note 26, a. 3, 6 et 23.

citoyenneté est permise et elle est le principal, quoiqu'indirect, effet juridique de l'existence de la notion de citoyenneté.⁸⁵

En conséquence, les étrangers n'ont pas le droit de vote ni le droit de se porter candidat aux élections⁸⁶. Les immigrants et les réfugiés ne peuvent prétendre à un droit d'entrer ou de demeurer au Canada⁸⁷. Enfin, ils ne bénéficient pas d'un droit acquis de se déplacer dans tout le pays ni de gagner leur vie dans toute province⁸⁸.

La jurisprudence a elle aussi établi certaines restrictions à l'application de la Charte canadienne en matière d'immigration. Certains droits garantis par la Charte canadienne sont en principe reliés à des procédures de nature pénale. Or la jurisprudence a toujours considéré la loi sur l'immigration comme étant de nature civile :

*The Immigration Act is not a criminal but a civil statute.*⁸⁹

L'article 11 ne s'applique donc pas aux enquêtes tenues en vertu de la loi sur l'immigration pour déterminer le statut d'un étranger, celui-ci n'étant pas un « inculpé » au sens de la Charte⁹⁰.

Le fait que l'article 11 de la Charte canadienne ne s'applique qu'aux « affaires criminelles et pénales » est incontestable ; la rubrique de cet article en témoigne⁹¹. Ce qui nous semble plus discutable, c'est de considérer les procédures en matière d'immigration comme étant purement civiles :

The proceedings are coercive, adversarial⁹² and can be intimidating ; the possible deportation of the individual can be viewed as a severe penalty or punishment equal to or greater than the restriction on freedom provided for by

85. SLOSAR, S., « La citoyenneté canadienne et ses effets juridiques », (1979) 10 *R.D.U.S.* 157, p. 184 ; WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 468 : « ... *The alien/citizen distinction in immigration law should be seen as a reasonable limitation on the equality principle and as typical of the nature of immigration rules... [T]he alien/citizen inequality [...] cannot be seriously questioned.* »

86. *Supra*, note 26, a. 3 ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 151.

87. *Supra*, note 26, a. 6(1) ; *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, a. 4(2).

88. *Supra*, note 26, a. 6(2).

89. *Turpin c. M.M.I.* (1968) 3 C.R.N.S. 330, p. 338 ; *Vaaro c. R.*, *supra*, note 52, p. 42 ; *R. c. Wooten* (1984) 5 D.L.R. (4th) 371, p. 375 ; *Bowen c. M.E.I.* [1984] 2 C.F. 507, p. 509 ; WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 476 : « ... *the immigration statutes are historically viewed as civil statutes...* »

90. *Bowen c. M.E.I.*, *id.*

91. Le recours aux rubriques pour interpréter les dispositions de la Charte canadienne a été expressément reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *supra*, note 30.

92. *Supra*, note 36, p. 215 : « ... il s'agit d'une procédure hautement contradictoire, mais la partie adverse, c'est-à-dire le Ministre, attend dans la coulisse. »

*many types of criminal penalties. Certainly, deportation can be seen as the final deprivation of any rights, privileges and liberties which the alien and his dependent family members might possess in relation to Canada. In addition, the criminal analogy might be supported by the fact that criminal convictions often form the basis of exclusion and expulsion proceeding, and that there are possible criminal ramifications in the sense that the same conduct which was the basis for the inquiry also may be the basis for an offence under the Act.*⁹³

En dépit de ces considérations, la législation sur l'immigration et les procédures d'enquête qu'elle autorise revêtent une nature civile en vertu de la jurisprudence.

En conséquence, la preuve à faire contre un étranger n'aura pas besoin d'être hors de tout doute raisonnable⁹⁴. D'autre part, l'article 11 de la Charte canadienne ne pourra servir les étrangers. Ainsi, à titre d'exemple, un réfugié ne pourra invoquer l'article 11(b) qui accorde le droit « d'être jugé dans un délai raisonnable » pour tenter de forcer les autorités à traiter sa revendication d'une façon plus expéditive. De même, l'immigrant et le réfugié ne pourront invoquer l'alinéa (c) de l'article 11 pour justifier leur refus de témoigner lorsqu'ils font l'objet d'une enquête sous le régime de la *Loi sur l'immigration* de 1976⁹⁵.

Une certaine jurisprudence énonce que l'article 12 de la Charte canadienne, qui accorde une « protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités », ne trouve pas application en matière civile⁹⁶. Une telle interprétation nous semble sans grand fondement et illogique. À notre avis, le but de l'article 12 est de protéger tout individu, qu'il soit impliqué dans des procédures civiles ou criminelles. Le législateur, en utilisant le terme « chacun », ne visait pas seulement les matières criminelles ; si telle était son intention, il l'aurait exprimée en termes plus clairs. Dans la mesure où des procédures civiles peuvent être source de « traitements ou peines cruels et inusités », il n'y a pas lieu de restreindre la portée de l'article 12 aux seules matières criminelles.

93. WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 480 ; Dans l'arrêt *R. c. Wooten*, *supra*, note 89, p. 376, on a refusé d'appliquer l'article 11 même si l'on a clairement reconnu que les enquêtes en matière d'immigration avait un aspect « quasi-criminel »...

94. BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 146 ; En plus d'atténuer le fardeau de preuve du ministre, la jurisprudence se montre très stricte à l'égard des réfugiés. Ainsi, c'est selon la prépondérance des probabilités que le revendicateur du statut de réfugié doit établir son statut : *Lugano c. M.M.I.* [1976] 2 C.F. 438, p. 443, *Kwiatkowski c. M.M.I.* [1982] 2 R.C.S. 856, p. 863 ; on est loin d'une « présomption de bonne foi » ayant l'effet de la présomption d'innocence de l'article 11(g) de la Charte canadienne. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas à l'abri des critiques : GREY, J., *supra*, note 81, p. 114.

95. *Bowen c. M.E.I.*, *supra*, note 89 ; *R. c. Wooten*, *supra*, note 89, p. 376.

96. *Re Shingoose and Minister of Social services*, (1983) 149 D.L.R. (3d) 400, p. 404 ; contra : *Re Goyette*, [1983] C.S. 429, p. 436 (obiter).

Quoiqu'il en soit, le prononcé d'un ordre d'expulsion, d'exclusion ou l'émission d'un avis d'interdiction de séjour⁹⁷ ne sont pas considérés comme des « traitements ou peines cruels et inusités » par la jurisprudence⁹⁸. Les immigrants et les réfugiés qui subissent de telles mesures ne peuvent donc se prévaloir de l'article 12 de la Charte canadienne.

Ainsi, la Charte ne s'applique pas dans toute sa plénitude en matière d'immigration. En revanche, elle complète, parachève les autres instruments voués à la protection des droits de la personne. Elle permet à notre avis un contrôle plus strict des lois ordinaires. Les règles de droit contenues aux différentes lois, incluant la législation sur l'immigration, ne pourront restreindre les droits et libertés garantis par la Charte canadienne qu'à la condition que les limites dressées soient raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique⁹⁹. Avec l'arrêt *Oakes*¹⁰⁰, le législateur devra se montrer particulièrement méticuleux : non seulement les mesures qui restreignent les droits de la Charte ne pourront être disproportionnées par rapport à l'objectif qu'elles poursuivent, mais en plus, cet objectif devra « se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles »¹⁰¹. L'application de ce critère hybride alliant à la fois les exigences de la nécessité de la pertinence et de la proportionnalité¹⁰² laisse place à des perspectives insoupçonnées. À titre d'exemple, un immigrant pourrait contester le système de pointage établi par les règlements¹⁰³ qui accorde plus de points aux personnes de plus de dix-huit ans et de moins de trente-cinq ans, pour le motif qu'il s'agit d'une discrimination sur l'âge au sens de l'article 15 de la Charte canadienne. À ce moment, il serait difficile de soutenir que l'objectif poursuivi « se rapporte à des préoccupations réelles et urgentes ».

97. *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, a. 32 et 57 ; pour les distinctions entre ces trois types de mesures, voir MORENA, L., *Immigration : a legal perspective, basic findings and application of the 1976 Act*, Québec, Université Laval, 1981, p. 101.

98. *In re l'ordonnance d'expulsion de Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, p. 161 : Cet arrêt nous semble réduire considérablement la portée de l'article 12 allant jusqu'à prétendre que l'obligation pour la personne expulsée de se séparer de sa famille n'est pas un traitement cruel et inusité. Cet arrêt a été suivi par la Commission d'appel de l'immigration dans *Saccomando c. M.E.I.*, 9 juillet 1986, dossier 82-1137 ; cette dernière affaire reconnaît que l'expulsion n'est pas une peine au sens de l'article 12 ; GOODWIN-GILL, JENNY et PERRUCHOUD, *supra*, note 37, p. 568.

99. *Supra*, note 26, a. 1.

100. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

101. *Id.*, p. 139.

102. *Id.* ; « Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations réelles et urgentes (nécessité)... [L]es mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question (pertinence)... [I]l doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif (proportionnalité)... »

103. *Supra*, note 21, annexe I.

Ajoutons que la Charte n'affecte en rien les autres lois dont le Canada s'est doté pour protéger les droits de la personne :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits et libertés qui existent au Canada.¹⁰⁴

C'est maintenant sur ces autres « instruments » voués à la promotion des droits de la personne que nous allons nous pencher.

1.4.2. La Déclaration canadienne des droits

1.4.2.1. L'application mitigée de la Déclaration canadienne

La *Déclaration canadienne des droits*¹⁰⁵ a longtemps été considérée comme une loi ordinaire. De fait, elle peut être abrogée ou modifiée par la seule volonté parlementaire¹⁰⁶. C'est pour cette raison que la Déclaration canadienne fut « marquée par une retenue judiciaire excessive »¹⁰⁷ et une interprétation « exagérément restrictive »¹⁰⁸.

Cette application mitigée de la Déclaration canadienne fut particulièrement évidente en matière d'immigration. La jurisprudence, en se basant sur la traditionnelle distinction entre « droit » et « privilège », a réduit outrageusement la portée de la Déclaration canadienne allant jusqu'à nier l'application de celle-ci en matière d'immigration :

La Déclaration des droits ne s'applique pas, et l'on n'a jamais eu l'intention de l'appliquer à des étrangers au sujet de leurs rapports en tant qu'étrangers avec l'État.¹⁰⁹

Cette approche est difficile à concilier avec les termes précis et nullement restrictifs utilisés par le législateur tels « individu », « personne » et « toute loi » pour circonscrire la portée de la Déclaration canadienne¹¹⁰. En fait, la Déclaration a joué un rôle minime dans la protection juridique des étrangers :

... the Bill of Rights was assumed to apply to aliens, but the standard of protection offered had not been breached.¹¹¹

104. *Supra*, note 26, a. 26.

105. *Supra*, note 39.

106. MOREL, A., « La valorisation de la Charte canadienne par le moyen de la Déclaration : une rhétorique judiciaire trompeuse », dans BEAUDOIN, G., *La Cour suprême du Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1985, p. 255 ; PRATTE, *supra*, note 25, p. 699.

107. BRUN, *supra*, note 31, p. 15.

108. MOREL, *supra*, note 106, p. 264 ; WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 460.

109. *Jolly c. M.M.I.*, *supra*, note 52, p. 122 et 144 ; *Cronan c. M.M.I.*, *supra*, note 52, p. 126 ; *Dolack c. M.M.I.*, [1982] 1 C.F. 396, p. 402.

110. WYDRZYNSKI, *supra*, note 51, p. 460.

111. *Id.*

Avec l'arrêt *Singh*, la distinction entre «droit» et «privilège» qui constituait la base de l'«approche restrictive» perd de son importance¹¹². En ce sens, l'arrêt *Singh* a peut-être «redonné vie» à la Déclaration canadienne.

1.4.2.2. L'arrêt *Singh* : un second souffle

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'a ajouté que peu de choses aux droits et libertés déjà protégés par la Déclaration canadienne. À vrai dire, «la Déclaration est remarquablement présente dans la Charte. L'ombre de la première plane sur la seconde»¹¹³. Bien plus, certains droits et libertés de la Déclaration canadienne sont plus «larges» que leurs pendants de la Charte canadienne¹¹⁴. Là où la Charte canadienne a joué un rôle plus important, c'est dans l'attitude des juges relativement à l'application de la Déclaration en matière d'immigration :

[T]he Charter must be given the credit because, were it not for the new atmosphere favorable to the protection of basic rights created by its adoption, [aliens] would not have succeeded under the Bill of Rights. Courts were not disposed to give effect to the Bill before the Charter.¹¹⁵

Dorénavant, l'application de la Déclaration canadienne ne fait plus de doute en matière d'immigration. La Cour suprême reconnaît qu'il s'agit d'une loi de nature quasi constitutionnelle :¹¹⁶

[L]a Déclaration canadienne des droits conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans la Charte canadienne des droits et libertés...¹¹⁷

112. *Supra*, note 36, p. 209 : «La dichotomie entre privilèges et droit a contribué de façon importante à restreindre l'application de la Déclaration canadienne des droits... [L']adoption récente de la Charte par le Parlement et neuf des dix provinces, comme partie de la Constitution canadienne, a clairement indiqué aux tribunaux qu'ils devraient réexaminer l'attitude restrictive qu'ils ont parfois adoptée en abordant la Déclaration canadienne des droits.» (juge Wilson).

113. MOREL, *supra*, note 106, p. 248.

114. WYDRZYNSKI, *supra*, note 63, p. 173.

115. GREY, J. «Immigration law combines lofty principles, few rights», *The Montreal Gazette*, 27 mai 1985, p. B-3; *Affaire intéressant la Loi sur l'immigration de 1976 et Kahlon*, [1985] 2 C.F. 124, p. 132; *MacBain c. Lederman* [1985] 1 C.F. 856, p. 877.

116. *Supra*, note 30, p. 366.

117. *Supra*, note 36, p. 224 (juge Beetz).

Ainsi, la Déclaration canadienne servira de « complément » à la Charte canadienne des droits. Par exemple, l'immigrant ou le réfugié pourra refuser de témoigner lors d'une enquête tenue en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976* en invoquant l'article 2(d) de la Déclaration canadienne¹¹⁸. De même, le recours à un avocat prévu à l'article 2(d) de la Déclaration canadienne ne saurait être nié¹¹⁹. Le droit à une audition impartiale, selon les principes de justice fondamentale, pourra aussi être invoqué non seulement dans des cas qui impliquent le droit à la vie, à la liberté ou la sécurité, comme c'est le cas pour l'article 7 de la Charte canadienne¹²⁰, mais aussi pour la définition de tout droit auquel les immigrants et les réfugiés peuvent juridiquement prétendre¹²¹. La Déclaration canadienne pourra protéger les étrangers qui font l'objet d'un ordre d'expulsion ou d'exclusion en permettant aux tribunaux de vérifier s'il ne s'agit pas, en fait, d'un « ordre d'exil » sans fondement, arbitraire au sens de l'article 2(a).

La Déclaration canadienne est donc un instrument de contrôle des « lois du Canada »¹²² qui conserve toute son importance. Elle « parachève » la Charte canadienne et assure une protection supplémentaire aux étrangers; l'arrêt *Singh* en témoigne.

1.4.3. La Loi canadienne sur les droits de la personne

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹²³ ne vise que le droit à l'égalité. Son application à la *Loi sur l'immigration de 1976* est problématique. L'article 32(5) de la loi canadienne énonce que la Commission des droits de la personne n'est valablement saisie d'une plainte que si l'acte discriminatoire atteint une personne « légalement présente » au Canada. En vertu des directives en matière d'immigration¹²⁴ émises par la Commission, un individu est légalement présent au Canada s'il est citoyen canadien, résident

118. L'article 11(c) de la Charte canadienne ne peut servir dans ces cas: *supra*, paragraphe 1.4.1.2.

119. Le droit à un avocat est par ailleurs formellement reconnu dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, a. 30(1).

120. Il est possible que la « justice fondamentale » de la Charte canadienne soit plus étendue que l'article 7 ne le laisse croire: « Je n'exclus en aucune façon la possibilité que l'art. 7 protège un éventail de droits plus large que ceux dont il est question en l'espèce. » (juge Wilson), *supra*, note 36, p. 221.

121. *Supra*, note 39, a. 2(e).

122. *Supra*, note 39, a. 5(2) et (3); Les lois antérieures à la Déclaration pourront également être contrôlées: BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 60, p. 64; R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282, p. 296.

123. S.C. 1976-77, c. 33.

124. TR/80-125, a. 3.

permanent, visiteur ou détenteur d'un permis de séjour au sens de l'article 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Les immigrants et les réfugiés n'entrent pas dans ces catégories. En principe, ils ne peuvent donc pas se prévaloir de la *Loi canadienne des droits de la personne*.

En dépit de ces considérations, nous croyons que la loi canadienne peut être invoquée par les étrangers pour préserver leur droit à l'égalité. D'abord, l'article 2 de la loi canadienne ne restreint pas l'application de celle-ci à des catégories spécifiques. Le mot « tous » n'est aucunement restrictif et comprend, à notre avis, les immigrants et les réfugiés. Deuxièmement, une directive n'a pas force de loi¹²⁵. On ne peut donc l'opposer aux étrangers puisse que ceux-ci ne peuvent y être « légalement soumis »¹²⁶.

Enfin, même si les directives en matière d'immigration n'ont pas pour effet d'écarter complètement l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les propos tenus par la Cour Suprême conserve toute leur importance :

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale [...] seule une déclaration législative claire peut permettre [...] de créer des exceptions à ses dispositions.¹²⁷

Nous croyons que la force ténue que la jurisprudence a accordée aux directives fait en sorte que celles-ci sont inaptes à limiter la portée de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. D'autre part, la *Loi sur l'immigration de 1976* ne contient aucune disposition claire susceptible de créer des exceptions aux dispositions de la loi canadienne. Les immigrants et les réfugiés jouissent donc de la protection de la *Loi canadienne des droits de la personne*. Ainsi, par exemple, un immigrant pourrait s'en prévaloir pour contester les discriminations sur l'âge véhiculées par les règlements pour l'attribution des points d'appréciation¹²⁸. Mentionnons pour terminer qu'il y a un avantage à se prévaloir de la loi canadienne plutôt que des autres chartes ; les plaintes à la Commission sont traitées de façon plus expéditive et les frais afférents à ce type de recours sont minimes en proportion des coûts qu'engendrent une demande devant les tribunaux de droit commun. Ces considérations deviennent particulièrement importantes pour les réfugiés, ceux-ci étant, à peu d'exceptions près, incapables d'assumer les coûts d'une instance ordinaire.

125. GARANT, *supra*, note 38, p. 284.

126. *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, p. 129 (juge Pigeon).

127. *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, p. 156.

128. *Supra*, note 21, a. 9(1)b et annexe I; la *Loi sur l'immigration de 1976*, *supra*, note 4, contient à l'article 3(f) une disposition prohibant la discrimination à l'égard des personnes désireuses d'être admise au Canada. Assez curieusement le motif discriminatoire relatif à l'âge ne s'y retrouve pas.

1.4.4. La Charte des droits et libertés de la personne

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹²⁹, qu'on appelle le plus souvent la Charte québécoise, « vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec »¹³⁰. Or l'immigration étant de compétence partagée, en vertu de l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Charte québécoise est-elle susceptible de permettre le contrôle judiciaire de la *Loi sur l'immigration de 1976*¹³¹? Nous ne le croyons pas. Une telle interprétation ne nous apparaît pas soutenable dans la mesure où elle contrevient au principe constitutionnel bien reconnu de la « prépondérance fédérale »¹³². En revanche, la Charte québécoise s'impose aux fonctionnaires fédéraux chargés d'appliquer la *Loi sur l'immigration de 1976*, à moins que l'application de la Charte québécoise n'ait pour effet d'empêcher l'accomplissement des tâches que la loi fédérale attribue à ces fonctionnaires :

[L]a Charte s'applique à toutes les activités qui se déroulent au Québec, jusqu'au point où cette application produit des effets essentiels ou substantiels sur des activités relevant d'une compétence fédérale.¹³³

Cette façon d'aborder la Charte québécoise nous apparaît respectueuse du partage des compétences. De plus, en matière de droit de la personne, il faut tendre, là plus qu'ailleurs, à harmoniser les lois existantes avec les lois de nature quasi constitutionnelles¹³⁴ que sont les chartes provinciales. Soutenir que les fonctionnaires fédéraux sont « au-dessus » de la Charte québécoise lorsqu'ils exercent des actes de pure gestion en matière d'immigration constituerait, à notre avis, une entaille additionnelle à une *rule of law* déjà « abîmée » par l'existence des prérogatives¹³⁵.

Quoiqu'il en soit, une chose est sûre, la *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration*¹³⁶ est « soumise » à la Charte québécoise et celle-ci s'applique aux étrangers¹³⁷. Par conséquent, ceux-ci

129. *Supra*, note 39.

130. *Id.*, a. 55.

131. *Supra*, note 4.

132. BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 349.

133. BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 60, p. 69 ; Dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 230, trois juges ont admis qu'une Charte des droits provinciale pouvait servir à contrôler les actes d'agents fédéraux.

134. BRUN et TREMBLAY, *id.*, p. 67.

135. BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 487 s ; la loi d'interprétation fédérale, *supra*, note 32, a. 16, amoindrit la *rule of law*, en plaçant le gouvernement fédéral « au-dessus » de tout texte législatif qui ne prétend pas expressément le lier.

136. *Supra*, note 5.

137. BRUN, H., « La Charte des droits et libertés de la personne : domaine d'application », (1977) 37 R. du B. 179, p. 185.

bénéficient des droits et libertés qu'elle confère. Nul ne saurait nier leur droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ¹³⁸, au secours ¹³⁹, ou à l'égalité ¹⁴⁰ par exemple.

Les immigrants et les réfugiés jouissent donc, au Québec comme dans le Canada tout entier, d'une protection contre l'« arbitraire étatique » ¹⁴¹.

2. La situation des immigrants et des réfugiés au regard du droit international

Le problème de l'immigration n'est pas l'apanage exclusif du Canada. La migration des hommes est un phénomène séculaire. Nul continent n'a pu se dérober aux marées migratoires humaines. L'immigration est un phénomène aux dimensions internationales. Il n'est donc pas surprenant que le droit international ait établi un ensemble de normes juridiques, élaborées de façon consensuelle, pour assurer la protection juridique des migrants. Avant de voir l'impact de ces normes sur le droit interne canadien, voyons comment celui-ci s'accommode du droit international.

2.1. La mise en œuvre du droit international

À défaut d'un ordre gouvernemental mondial habilité à créer le droit international par voie législative, le contenu de celui-ci s'élabore par l'entremise d'accords entre États ¹⁴². L'essentiel des règles relatives aux accords internationaux est codifié dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ¹⁴³. L'article 27 de cette convention stipule :

Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité...

À première vue, il semble donc que la ratification d'un traité serait suffisante pour considérer celui-ci comme partie intégrante du droit canadien. Il n'en est rien :

138. *Supra*, note 39, a. 1.

139. *Id.*, a. 2.

140. *Id.*, a. 10.

141. BRUN, *supra*, note 137, p. 181 : «... la législation fédérale couvre le domaine des libertés d'une façon bien moins complète que ne le fait la Charte...»

142. Ceux-ci peuvent être désignés sous différents vocables : « traité », « convention », « charte », « protocole », « déclaration » : HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985, p. 241 ; nous utiliserons le terme « traité ».

143. Citée dans : *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, Documents officiels, New-York, 1971 (Doc. A/Conf. 39/27).

Un traité dûment ratifié ne fait pas automatiquement partie du droit interne et n'est pas « self executing » (directement applicable).¹⁴⁴

S'il en était autrement, le gouvernement fédéral, puisque c'est l'exécutif qui a compétence pour ratifier les traités¹⁴⁵, pourrait porter atteinte à l'autonomie des provinces en ratifiant des traités relatifs à des matières qui ne relèvent pas de son champ de compétences¹⁴⁶. Ainsi, le Canada adopte une attitude dualiste face aux rapports entre le droit international et le droit interne¹⁴⁷. Un traité ne saurait s'appliquer de plein droit en droit interne ; il nécessite l'intervention du législateur compétent pour prendre effet :

Au Canada, un traité régulièrement conclu n'aura force de droit interne qu'une fois intégré dans l'ordre juridique canadien.¹⁴⁸

Ainsi, les immigrants et les réfugiés en présence au Canada ne bénéficient des « instruments internationaux » que dans la mesure où ils sont « transposés » législativement dans le droit interne.

La jurisprudence a toutefois tempéré cette règle : le droit interne, à moins qu'il ne soit clairement inconciliable avec les dispositions d'un traité, devrait être interprété en conformité avec celui-ci¹⁴⁹.

144. DESJARDINS, A., « La mise en œuvre au Canada des traités relatifs aux droits de la personne », (1981) 12 *R.G.D.* 359, p. 361.

145. ARBOUR, *supra*, note 16, p. 105, 106 ; FOREST, R., « Quelques aspects de la mise en œuvre au Canada des Pactes de l'O.N.U. relatifs aux droits de l'homme », (1981) 12 *R.G.D.* 375, p. 385.

146. HOGG, *supra*, note 142, p. 254 ; DESJARDINS, *supra*, note 144 ; RIGALDIES, F., WOEHLING, J., « Le juge interne canadien et le droit international », (1980) 21 *C. de D.* 293, p. 303 : « ... le principe de séparation des pouvoirs et, surtout, celui de la souveraineté du Parlement exigent que le pouvoir législatif intervienne dans tous les cas où un traité a pour effet de modifier le droit interne, s'il en allait autrement, le gouvernement pourrait utiliser ses pouvoirs en matière internationale pour empiéter sur le domaine réservé aux assemblées. »

147. Le dualisme postule une scission, une différence de nature entre l'ordre interne et l'ordre international. Selon cette approche, les systèmes nationaux et international sont indépendants l'un de l'autre : EMMANUELLI, C., SLOSAR, S., « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien », (1978) 13 *R.J.T.* 69 ; RIGALDIES et WOEHLING, *id.*, p. 305, 316.

148. ARBOUR, *supra*, note 16, p. 88, 109 ; HOGG, *supra*, note 142, p. 246 ; GREY, *supra*, note 81, p. 131, 132 ; FOREST, *supra*, note 145, p. 395 ; RIGALDIES et WOEHLING, *supra*, note 146, p. 314 ; TURP, D., « Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », (1984) 18 *R.J.T.* 353, p. 390 ; *M.M.I. c. Fuentes*, [1974] 2 C.F. 331, p. 338.

149. ISSALYS, *supra*, note 42, p. 169 ; RIGALDIES et WOEHLING, *supra*, note 146, p. 308 ; *Ernewein c. M.E.I.*, [1980] 1 R.C.S. 639 ; *Vincent c. M.E.I.*, (1983) 148 D.L.R. 4th 385, p. 390 et 397 ; *Re Regina and Warren* (1984) 6 C.R.R. 82, p. 86 ; *R. c. Videoflicks Ltd*, (1985) 14 D.L.R. (4th) 10, p. 35, 36.

En conséquence, en regard du droit interne canadien, le droit international semble n'avoir qu'un rôle supplétif¹⁵⁰. En revanche, son influence sur la détermination du contenu du droit interne est indéniable et significative. Voyons comment elle se manifeste sur la « primauté du droit ».

2.2. La primauté du droit et le droit international

2.2.1. La primauté du droit interne

La « primauté du droit » est un concept d'origine britannique¹⁵¹ qui, réduit à sa plus simple expression, postule que l'administration publique est hiérarchiquement inférieure au Parlement et aux tribunaux judiciaires. Prise dans ce sens, la « primauté du droit » ne peut être « concrétisée » dans le droit international. Faute d'une fonction exécutive, législative et judiciaire « supra-nationale » qui s'impose aux États, la *rule of law* demeure abstraite en droit international :

Dans toute société démocratique, l'existence et la protection adéquate de la *rule of law* requièrent l'établissement d'un système institutionnel organisé, par l'entremise duquel la population peut exprimer sa volonté.¹⁵²

En l'absence de ce système institutionnel organisé, nul ne saurait prétendre que le droit international s'impose aux États ; la soumission de l'« administration canadienne » au droit international n'existe tout simplement pas. On ne reconnaît pas, au Canada, une primauté du droit international :

Les traités ne bénéficient pas d'une primauté en droit interne [...] [U]ne loi subséquente peut modifier ou abroger, implicitement ou expressément, une loi donnant effet à un traité international et les tribunaux seront tenus d'appliquer la loi subséquente...¹⁵³

Ainsi, le droit interne, au Canada, prime le droit international. Cette règle n'est toutefois pas universellement reconnue :

Au plan de la théorie générale, il n'existe pas de primauté du droit interne dans l'ordre international tout comme il n'existe pas d'intégration automatique des règles du droit international dans la sphère des droits internes. Les solutions de ces problèmes varient selon les diverses constitutions nationales. Au Canada, un traité régulièrement conclu n'aura force de droit interne qu'une fois intégré par une loi dans l'ordre juridique canadien.¹⁵⁴

150. RIGALDIES et WOEHLING, *Id.*, p. 307, 308.

151. BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 7, p. 475 ; PEPIN, G., OUELLETTE, Y., *Principes de contentieux administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, p. 43.

152. DUSSAULT, *supra*, note 28, p. 1098.

153. FOREST, *supra*, note 145, p. 386 ; TURP, *supra*, note 148, p. 390.

154. ARBOUR, *supra*, note 16, p. 88.

Est-ce à dire que le droit international n'ajoute rien à la protection juridique des immigrants et des réfugiés ? Assurément non.

2.2.2. L'influence du droit international sur le concept de primauté du droit

La primauté du droit présuppose la reconnaissance de valeurs qui se répercutent sur le contenu du droit. C'est là que le droit international prend tout son sens. Le droit international a contribué dans une large mesure à l'établissement, à l'«enrichissement» de ces valeurs. Nul ne saurait nier, aujourd'hui, que la primauté du droit commande le respect des droits fondamentaux de la personne, la reconnaissance de la dignité humaine. Avec le développement de l'ordre juridique international, la primauté du droit ne saurait se borner à limiter les pouvoirs de l'État, elle va plus loin :

[L]a rule of law devrait avoir pour mission première non seulement le maintien mais aussi le développement des moyens nécessaires à l'homme pour acquérir une dignité essentielle à l'épanouissement total de sa personnalité.¹⁵⁵

Ainsi comprise, primauté du droit et droits fondamentaux de la personne ne font qu'un. Par l'entremise de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁵⁶, le droit international a codifié ces valeurs qui «soutiennent» aujourd'hui la «primauté du droit». C'est ainsi que le droit international a contribué à accroître la protection juridique des citoyens, mais aussi des étrangers. D'ailleurs, la Charte canadienne est «une législation qui tend à rapprocher l'ordre juridique canadien des libertés publiques du droit international des droits de la personne»¹⁵⁷. Elle est directement inspirée du droit international :¹⁵⁸

[L]a Charte canadienne n'est pas un phénomène isolé [...] Elle s'inscrit dans le cadre du mouvement universel visant à promouvoir le respect des droits de la personne.¹⁵⁹

C'est donc de manière indirecte que le droit international contribue à la protection juridique des étrangers. S'il n'a pas le pouvoir d'imposer des obligations légales aux États, il leur impute en retour une responsabilité morale certaine. Si aujourd'hui, l'égalité devant la loi et le droit à la

155. DUSSAULT, *supra*, note 28, p. 1099.

156. *Supra*, note 1.

157. TURP, *supra*, note 148, p. 355.

158. Voir à titre d'exemple : TARNOPOLSKY, W., « A comparison between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights », (1982) 8 *Queen's L.J.* 211.

159. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 309.

protection de la loi ¹⁶⁰, qui sont des corollaires de la *rule of law*, revêtent un sens, le droit international y est pour quelque chose.

Parmi les nombreux instruments internationaux susceptibles de s'appliquer aux immigrants et aux réfugiés, seulement trois retiendront notre attention : la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Convention relative au statut de réfugié*.

2.3. Les textes internationaux et la protection juridique des immigrants et des réfugiés

2.3.1. La Charte internationale des droits de l'homme

2.3.1.1. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*

La Déclaration universelle des droits de l'homme ¹⁶¹ s'applique à tous les êtres humains, à tous les États. S'il est reconnu que « la Déclaration universelle n'a pas de valeur obligatoire en soi » ¹⁶², il semble maintenant admis qu'elle est partie intégrante de la coutume internationale :

La Déclaration universelle fait partie du droit coutumier des nations et à ce titre lie tous les États y compris ceux qui n'ont pas voté pour l'instrument en 1948. ¹⁶³

L'article 13 de la Déclaration universelle reconnaît à toute personne le droit de quitter tout pays, y compris le sien et de revenir dans son pays. On admettra que la reconnaissance du droit de quitter tout pays présuppose, en toute logique, une obligation concomitante pour les États de permettre l'accès à leur territoire. Il n'en est rien. L'admission sur le territoire d'un État demeure à l'entière discrétion de celui-ci ¹⁶⁴. Il est illusoire de prétendre qu'il existe un droit d'émigrer effectif :

... little consideration has been given to the necessary corollary to the right to leave a country, namely, the right to enter another state or that state's duty to admit. Without any such obligation, proclamations of the right to leave, the right of exit, travel or migration, are somewhat premature. ¹⁶⁵

160. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra*, note 2, a. 7.

161. *Supra*, note 2.

162. TURP, *supra*, note 148, p. 374.

163. HUMPHREY, J., « La nature juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme », (1981) 12 *R.G.D.* 397, p. 399.

164. Voir la doctrine citée : *supra*, note 23.

165. GOODWIN-GILL, JENNY et PERRUCHOUD, *supra*, note 37, p. 557.

L'article 14 de la Déclaration universelle reconnaît que «devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays». La réalisation effective de ce droit d'asile postule l'obligation pour tout pays d'accorder l'asile lorsqu'il en est requis. Mais l'octroi du droit d'asile étant une pure discrétion de l'État, l'obligation juridique d'accorder l'asile n'existe pas : ¹⁶⁶

It is widely recognized that no prerogative or interest is guarded more zealously by states than the control of access into their territory. States have not been willing so far to assume a legal duty to grant entry even where the conscience of humanity cries out for such entry, preferring to grant such entry as an exercise of sovereign right or discretion. ¹⁶⁷

Il semble donc que les immigrants et les réfugiés sont protégés bien imparfaitement par la Déclaration universelle. Assez curieusement, les Chartes des droits de la personne applicables au Canada reprennent la majorité des dispositions de la Déclaration universelle mais demeurent silencieuses relativement au droit d'accéder librement à tout pays de même qu'au droit d'asile. Si ces droits spécifiques que la Déclaration universelle accorde aux étrangers échappent à la législation relative aux droits de la personne ¹⁶⁸, en revanche, celle-ci perpétue les inégalités de traitement que consacre la Déclaration universelle en réservant aux seuls citoyens la jouissance des droits politiques et l'exercice des fonctions publiques ¹⁶⁹. Quoi qu'il en soit, la Déclaration universelle a eu une influence positive sur les Chartes; il faut se garder de réduire indûment son importance sur la protection des immigrants et des réfugiés : c'est elle qui est à l'origine des chartes qui les protègent aujourd'hui.

Enfin, même si la Déclaration universelle n'a pas force de loi, elle n'est jamais vaine. Elle exerce une «pression psychologique» sur tout État

166. ARBOUR, *supra*, note 16, p. 162; KENNEDY, D., «International refugee protection», (1986) 8 *H.R.Q.* 1, p. 42, 58.

167. FELICIANO, F., «International humanitarian law and coerced movements of peoples across state boundaries», (1986) 12 *Queen's L.J.* 526, p. 537.

168. Il apparaît que le droit d'accéder à tout pays n'est pas considéré comme un droit fondamental de la personne: GOODWIN-GILL, JENNY et PERRUCHOU, *supra*, note 37, p. 556; CASSIN, R., «La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», (1951) 79 *R.C.A.D.I.* 241, p. 283: «[L]a Déclaration a elle-même limité son bénéfice aux droits et libertés qu'elle proclame comme fondamentaux, droits parmi lesquels ne figurent pas actuellement la libre immigration et le libre établissement, notamment le droit à l'accès et au séjour...»

169. Déclaration universelle, *supra*, note 1, a. 21; Charte canadienne, *supra*, note 26, a. 3; Charte québécoise, *supra*, note 39, a. 22; les lois ordinaires abondent dans le même sens: *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-17.1, a. 268; *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, a. 115; *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, (1^{er} supp.), c. 14, a. 14(1); *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.1, a. 2(2).

puisque aucun pays ne veut assumer le risque de représailles internationales parce que pris en contradiction entre des propos qui proclament les droits de l'homme et une pratique odieuse qui les réduit à néant. De plus, le juge canadien peut s'en prévaloir pour interpréter le droit interne.¹⁷⁰

2.3.1.2. *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁷¹ est entré en vigueur au Canada le 19 août 1976. Il reprend, dans une certaine mesure, les droits et libertés énoncés à la Déclaration universelle mais les reformule d'une façon plus précise, plus complète. Tout comme la Déclaration universelle, il proclame notamment le droit à la vie¹⁷², à la liberté et à la sécurité de sa personne¹⁷³, le droit à l'égalité et à la protection de la loi¹⁷⁴. Sur le plan du droit à l'égalité, l'énumération des motifs de discrimination¹⁷⁵ prohibés par le Pacte n'a rien à envier aux législations internes relatives aux droits de la personne ; le Pacte et la Déclaration universelle protègent mieux, à notre avis, les immigrants et les réfugiés sur ce point. En revanche, la présence du mot « notamment » à l'article 15 de la Charte canadienne permet au juge de pallier les insuffisances de la législation interne au regard du droit international. Ainsi, il lui serait possible de contrecarrer une loi qui lui paraîtrait discriminatoire parce qu'établissant une distinction illicite au sens du Pacte. En effet, comme le Pacte est remarquablement « présent » dans la Charte canadienne, il peut servir à l'interprétation de la Charte à moins que celle-ci n'énonce clairement une règle différente¹⁷⁶.

Cela ne signifie pas que le Pacte fait partie intégrante du droit interne¹⁷⁷. Les remarques relatives à l'application des traités au Canada conservent toute leur pertinence : le Pacte n'a d'effet que dans la mesure où une loi y donne suite. En revanche, le Pacte a un caractère plus contraignant que la Déclaration universelle. Alors que cette dernière est, comme son nom l'indique, « déclarative », le Pacte requiert des États parties l'engagement à

170. BRUN ET TREMBLAY, *supra*, note 60, p. 60 ; TURP, *supra*, note 148 ; *Gagnon c. R.*, [1971] C.A. 454, 467.

171. Nations-Unies, Recueil des traités, vol. 999 (1976), p. 187.

172. *Id.*, a. 6.

173. *Id.*, a. 9.

174. *Id.*, a. 26.

175. *Id.*, a. 2(1).

176. *R. c. Videoflicks Ltd.*, *supra*, note 149 ; *R. c. Konechny*, (1984) 6 D.L.R. (4th) 350.

177. DESJARDINS, *supra*, note 144, p. 369.

respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire, les droits qu'il reconnaît ¹⁷⁸.

En vertu de l'article 12(2) du Pacte, « toute personne est libre de quitter n'importe quel pays... » En principe, le Canada ne nie pas ce droit. En pratique, il est d'une portée limitée parce qu'assujéti à la règle de la « souveraineté territoriale » ¹⁷⁹. Le Pacte contient une autre disposition qui vise spécifiquement les étrangers, il s'agit de l'article 13. En vertu de cet article, l'expulsion d'un étranger ne doit être ordonnée que conformément à la loi ; on doit, entre autres, lui laisser « la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion... » L'article 32 de la *Loi sur l'immigration de 1976* ¹⁸⁰ ne nous apparaît pas respectueux du Pacte à ce niveau puisqu'il ne prévoit pas expressément la possibilité de se faire entendre ; seule « une personne ayant à charge des membres de sa famille au Canada » a la possibilité de se faire entendre lorsqu'elle est visée par un ordre d'expulsion ¹⁸¹. Les autres étrangers n'ont pas un tel droit. Comme l'enquête n'a pas obligatoirement à être tenue en présence de la personne qui en fait l'objet ¹⁸², la possibilité de faire valoir ses motifs de contestation peut être fortement diminuée.

Le Pacte ne reprend pas la disposition de la Déclaration relative au droit que possède toute personne de bénéficier de l'asile en d'autres pays lorsqu'elle fait face à la persécution ¹⁸³. Les réfugiés ne bénéficient donc pas d'une meilleure protection avec le Pacte. À ce niveau, la Déclaration universelle fait montre d'une plus grande générosité.

Malgré les divergences qui peuvent se constater entre le Pacte et le droit interne, la faible « valeur juridique » du Pacte limite grandement sa portée puisque l'immigrant ou le réfugié qui se plaint de la violation, par le Canada, de l'un des droits reconnus au Pacte ne sera pas admis à exercer un recours judiciaire en se fondant uniquement sur une disposition de celui-ci. En revanche, le Pacte possède son propre « organisme de sanction » : le Comité des droits de l'homme ¹⁸⁴. Toutefois, celui-ci s'avère peu efficace dans la mesure où ses décisions n'ont pas force obligatoire et n'aboutissent qu'à des

178. FOREST, *supra*, note 145, p. 379.

179. *Supra*, paragraphe 2.3.1.1.

180. *Supra*, note 4.

181. *Id.*, a. 33(2).

182. *Id.*, a. 29(1) : « Toute enquête par un arbitre a lieu, dans la mesure du possible, en présence de la personne qui en fait l'objet. »

183. *Supra*, note 1 et paragraphe 2.3.1.1.

184. *Supra*, note 171, a. 28 ; voir à ce sujet : CÔTÉ-HARPER, G., « Le comité des droits de l'homme gardien du contenu normatif de la Charte des droits de l'homme » dans *Le Devoir-supplément*, 13 décembre 1986, p. 32.

recommandations¹⁸⁵. L'inexistence de tout pouvoir coercitif et la lenteur excessive qui se manifeste dans le processus de prise de décision rendent problématique le recours au Comité.

On constate aisément les limites du droit international en matière de protection des immigrants et des réfugiés; on préfère la «souveraineté territoriale» à l'ouverture des frontières. Le Pacte et la Déclaration ne sont pas dépourvus d'utilité pour autant; ils déterminent le «dénominateur commun» de toute «société libre et démocratique». Ils servent de guide au juge canadien. Celui-ci peut s'en inspirer pour apprécier ce qui est justifiable «dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'article 1 de la Charte canadienne. En ce sens le Pacte et la Déclaration universelle peuvent assurer une protection, indirecte mais non négligeable, de l'immigrant et du réfugié. Ainsi comprise, l'action internationale déployée dans le domaine des droits de l'homme contribue à étendre les limites de la protection nationale.

2.3.2. La Convention relative au statut des réfugiés

Alors que les immigrants sont protégés exclusivement par le droit coutumier, les réfugiés bénéficient d'un instrument additionnel voué à assumer leur protection: la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁸⁶.

2.3.2.1. La définition de «réfugié»: ses lacunes, ses limites

La Convention peut être considérée, à juste titre, comme la «Grande Charte des réfugiés»¹⁸⁷. Elle contient la seule définition universellement reconnue du terme «réfugié». En vertu de la Convention, on entend par «réfugié» toute personne qui,

... craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle [...] ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.¹⁸⁸

185. CÔTÉ, M.-J., «Le recours au comité des droits de l'homme: une illusion?», (1985) 26 *C. de D.* 531, p. 545.

186. *Supra*, note 13.

187. ARBOUR, *supra*, note 16, p. 161.

188. *Supra*, note 13, a. 2 complété par le Protocole, *supra*, note 14.

La *Loi sur l'immigration de 1976* est rigoureusement respectueuse de cette définition puisqu'elle la reprend textuellement¹⁸⁹. Cette « reprise textuelle » de la définition nous semble discutable dans la mesure où celle-ci est perçue comme un standard minimum :

*The strict adherence to the minimum definition of « refugee » is one of the most disappointing features of the refugee provisions of the Immigration Act, 1976.*¹⁹⁰

On admettra sans peine que la définition de « réfugié » empruntée à la Convention comporte certaines limites, et des limites importantes ; certaines personnes, dont la situation s'apparente à celle du réfugié, demeurent exclues du champ d'application de la Convention. L'exclusion de certaines catégories, telle les auteurs de crimes graves, nous apparaît justifiée : la protection des criminels n'a rien de commun avec la protection des réfugiés¹⁹¹. En revanche, l'exclusion des victimes de guerre civile¹⁹² ou de désastres naturels¹⁹³ est inacceptable et répugne aux droits de l'homme.

À ces insuffisances « législatives », il faut ajouter une interprétation indûment restrictive adoptée par les tribunaux à l'égard de la définition :

La notion de persécution [...] s'accompagne toujours d'une certaine cruauté, morale ou physique, qui s'exerce de façon incessante. La crainte d'être poursuivi en justice devant des tribunaux réguliers, la crainte d'être puni pour refus de service militaire ou pour désertion, la dureté des conditions économiques, une dissidence, même affichée, d'avec un régime politique, ne sauraient, *in se et per se*, constituer une crainte de persécution telle que visée par la Convention. Ce ne sont là que des exemples. De même une simple appréhension de tribulations et de sévices possibles et futurs ne suffit pas. La crainte d'être persécuté doit se fonder sur la crainte d'une persécution du fait de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou d'opinions politiques. L'énumération est exhaustive, d'application stricte et susceptible d'une application objective.¹⁹⁴

189. *Supra*, note 4, a. 2(1).

190. GREY, *supra*, note 81, p. 108 ; WYDRZYNSKI, *supra*, note 11, p. 189 : « *The current definition of refugee should not be held up as the sole and ultimate frame of reference for claimants simply because of its recognition by the international community.* »

191. *Supra*, note 2, a. 14(2) : *Sévère c. M.M.I.*, (1975) 9 A.I.A. 56, p. 61 ; *Mingot c. M.M.I.*, (1975) 8 A.I.A. 368, p. 374.

192. FELICIANO, *supra*, note 167, p. 541 ; DUQUETTE, P., « Réfugiés et permis ministériel », (1983) 76 *Barreau du Québec, formation permanente*, 139, p. 146 ; GOTLIEB, A., « Canada and the Refugee Question in International Law », (1975) 13 *A.C.D.I.* 3, p. 20 ; GORDENKER, L., « Early warning of disastrous population movement », (1986) 20 *I.M.R.* 170, p. 173.

193. FELICIANO, *id.*, p. 547 ; GOTLIEB, *id.* ; ZOLBERT, SUHRKE et AGUAYO, *supra*, note 12, p. 153 ; La famine et l'instabilité économique d'un pays ne peuvent permettre aux gens qui l'habitent de se réclamer du statut de réfugié : DESJARDINS, *supra*, note 7, p. 272.

194. *Sévère c. M.E.I.*, *supra*, note 191, p. 61 ; *Fuentes c. M.M.I.*, (1975) 9 A.I.A. 344, p. 351 : « la définition est d'application stricte, i.e., que ne seront déclarés réfugiés que les personnes qui souscrivent à cette définition ;... »

L'expression « groupe social » est également abordée de façon restrictive :

[L]’expression « un certain groupe social », au sens où elle est utilisée dans la définition, désigne un groupe qui risque de souffrir du fait que le gouvernement met en doute sa loyauté ou juge que les opinions politiques des membres font obstacle à ses réformes. Elle est également d’avis que la crainte de la persécution ne se rencontre guère lorsque les membres dudit groupe apportent leur appui politique au gouvernement au pouvoir. [...] La persécution doit nécessairement émaner des pouvoirs publics...¹⁹⁵

Ainsi, toute personne persécutée par des particuliers ne peut être considérée comme étant « réfugié » au sens de la Convention¹⁹⁶. Le seul « groupe social » accepté par l’« interprétation canadienne » sera celui dont les membres sont persécutés par le gouvernement pour avoir exprimé des opinions politiques divergentes des vues gouvernementales¹⁹⁷. Une telle interprétation nous semble erronée et odieuse. La présence de la conjonction « ou » entre les expressions « groupe social » et « opinions politiques » indique clairement la volonté que ces concepts soient dissociés ; la présence du mot « ou » marque la disjonction souhaitée entre « groupe social » et « opinions politiques ». À notre avis, la simple appartenance à un « groupe social » qui fait l’objet de persécution devrait suffire pour reconnaître aux membres de ce groupe la protection que leur assure la Convention ; l’alliance « groupe social/opinions politiques » est sans fondement. De même, il nous semble inadmissible de considérer seulement les « persécutions gouvernementales » pour reconnaître le statut de réfugié d’un individu ; la persécution par les particuliers peut être tout aussi virulente que la persécution qui émane des pouvoirs publics. Comme la Convention utilise le terme « persécutée » sans autre précision, on doit tendre à lui donner le sens large qu’elle commande. En restreignant l’exercice, dans toute leur plénitude, des droits que la Convention confère, le Canada adopte une attitude « sélective » difficilement conciliable avec ses obligations internationales. Cette attitude sélective génère une certaine méfiance à l’égard du réfugié. À titre d’exemple, on ne considère pas l’avis du réfugié lorsque celui-ci se dit persécuté pour ses opinions politiques ; on se demande plutôt si le gouvernement du pays d’où

195. *Thomas c. M.M.I.*, (1975) 10 A.I.A. 47, p. 50 ; Il semble que l’affaire *Mingot*, *supra*, note 191, p. 374, laisse un certain espoir aux réfugiés : « Dans le contexte de la Convention, la persécution doit être le fait de l’état, du gouvernement dont le “réfugié” est un ressortissant ; reconnaissons que ce peut être aussi le fait de personnes ou de groupes agissant au su et au vu des autorités en place ou avec leur consentement exprès ou tacite. »

196. *Thomas c. M.M.I.*, *id.* : « La Convention de Genève ne permet pas de justifier le statut de réfugié par le fait d’actes injurieux commis par des particuliers. »

197. WYDRZYNSKI, *supra*, note 11, p. 181.

provient le réfugié perçoit la conduite de celui-ci comme une « activité politique » susceptible de faire obstacle à ses réformes ¹⁹⁸.

Cette interprétation restrictive et « méfiante » qu'a adoptée la jurisprudence relativement à la définition de « réfugié » est discutable ; l'arrêt *Singh* pourrait amener les tribunaux à réexaminer cette attitude qu'ils ont adoptée en abordant la Convention :

... l'expression « sécurité de sa personne » doit englober tout autant la protection contre la menace d'un châtiment corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtiment lui-même. ¹⁹⁹

Cette « porte » laissée ouverte par la Cour suprême montre la volonté d'un changement d'attitude afin de mieux protéger les réfugiés. Ainsi, même si la crainte « est un facteur subjectif chez la personne qui l'éprouve et [que] sa force compulsive, contraignante, peut varier d'intensité d'un sujet à un autre » ²⁰⁰, il semble que la crainte de menace pourrait être suffisante pour justifier le non-refoulement du réfugié.

Cette « porte » ouverte a été « claquée » d'une façon non équivoque par la Cour fédérale :

Même si dans l'arrêt *Singh* [...] trois juges ont semblé accepter l'idée que la crainte d'une personne d'être persécutée par le pays où elle doit retourner puisse être une menace pour « la sécurité de la personne », je présume qu'une telle idée ne peut s'étendre aux craintes d'actes de violence que d'autres individus pourraient faire subir à une personne dans son pays natal, en violation des lois de ce pays. ²⁰¹

On voit donc transparaître, implicitement, l'attitude restrictive à l'effet que la Convention ne peut servir aux personnes victimes de persécution émanant des particuliers.

La Convention a donc une portée limitée en soi. Elle ne saurait viser les victimes de guerre civile et de désastre naturel ; de plus, l'attitude restrictive qu'adopte le Canada à son endroit l'amoindrit davantage. Toutefois, son rôle demeure important dans la mesure où elle guide la conduite des pays qui y adhèrent. Voyons dans quelle proportion elle influence le droit interne canadien.

198. *Inunza c. M.E.I.*, (1980) 103 D.L.R. (3d) 105, p. 109.

199. *Supra*, note 36, p. 207.

200. *Sévère c. M.M.I.*, *supra*, note 191, p. 61 ; *Mingot c. M.M.I.*, *supra*, note 191, p. 373.

201. *Williams c. M.E.I.*, [1985] 2 C.F. 153, p. 159.

2.3.2.2. La conformité de droit interne avec la Convention

La *Loi sur l'immigration de 1976* reconnaît la nécessité «de remplir, envers les réfugiés, les obligations légales du Canada sur le plan international et de maintenir sa traditionnelle attitude humanitaire à l'égard des personnes déplacées ou persécutées»²⁰².

Le législateur canadien exprime donc son intention de se conformer à la *Convention relative au statut de réfugié* ; il y voit une obligation légale. D'où l'importance d'observer les principaux droits que la Convention accorde au réfugié afin de vérifier si le droit interne canadien s'y conforme.

Le droit le plus important conféré aux réfugiés se retrouve à l'article 33(1) de la Convention :

Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires ou sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

Cette règle du « non-refoulement » se retrouve codifiée dans la *Loi sur l'immigration de 1976*²⁰³ ; celle-ci s'y conforme en tous points.

La Convention contient une autre mesure protectrice d'une grande importance pour les réfugiés ; elle se retrouve à l'article 32(2) :

L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.

L'article 72(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est conforme à cette disposition de la Convention.

Il semble que la disposition relative au « non-refoulement » et celle de « l'expulsion conforme à la loi » forment les seuls véritables droits auxquels le réfugié peut prétendre en vertu du droit canadien :

« Un réfugié au sens de la Convention se voit accorder les *seuls* droits suivants, à savoir, en premier lieu, de ne pas être renvoyé dans un pays où sa vie et sa liberté seraient menacées (article 55 de la loi) et, en second lieu, d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi ou d'une ordonnance d'expulsion rendue contre lui en invoquant un moyen d'appel comportant une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait et en faisant valoir que "compte tenu de considérations humanitaires ou de compassion", il ne devrait pas être renvoyé du Canada (articles 72(2)a) et b) et 72(3)). »²⁰⁴

202. *Supra*, note 4, a. 3(g).

203. *Id.*, a. 55.

204. *Boun-Leua c. M.E.I.*, [1981] 1 C.F. 259, p. 264.

La Convention n'impose aucune obligation d'admettre un réfugié pour l'État contractant et laisse à celui-ci le soin d'établir sa propre procédure de reconnaissance du statut de réfugié²⁰⁵. En aucun moment la Convention ne transgresse la règle coutumière qui perçoit dans le droit d'asile un droit de l'État et non un droit subjectif du réfugié :

*The Convention does not attempt to change the customary rule of international law that no individual, including a refugee, may assert a right to enter a state unless he is a national of the receiving country. It is the right of a state to grant asylum, not the right of the individual to be granted asylum.*²⁰⁶

On conçoit aisément les limites de la Convention. Elle ne couvre pas un large groupe d'individus placés dans une situation analogue à celle des réfugiés²⁰⁷ ; elle ne reconnaît pas aux réfugiés le droit d'obtenir un asile dans les pays où ils se présentent ; elle est dépourvue de « mode de sanction » pour assurer son respect par les États contractants²⁰⁸. Par conséquent, sa force obligatoire n'est qu'illusoire.

La *Convention relative au statut des réfugiés* constitue un « minimum » en-deçà duquel il serait outrageant de se maintenir ; il n'est donc pas surprenant que le droit canadien s'y conforme respectueusement. Toutefois, il serait faux de prétendre que cette conformité du droit interne avec la Convention tient au fait que la seconde s'impose au premier. À vrai dire, il n'en est rien :

La Convention des Nations unies ne fait pas partie, en tant que telle, du droit canadien, et il est évident qu'elle n'impose aucune obligation à l'appelant.²⁰⁹

Il nous apparaît discutable d'adopter une telle attitude dans la mesure où l'on considère que la Convention est un « minimum ». Cette prise de position de la jurisprudence reflète toutefois l'attitude restrictive et sélective derrière laquelle les juges canadiens se sont sciemment cantonnés. La seule concession que s'est permise la jurisprudence, c'est de prêter au législateur l'intention de se conformer aux textes internationaux²¹⁰.

Les « exigences » de la Convention sont minimales ; le législateur canadien les a perçues comme suffisamment astreignantes pour s'y limiter. Le législateur québécois aura fait montre de plus de générosité que son homologue fédéral à ce niveau, ne serait-ce que par l'adoption d'une

205. GOTLIEB, *supra*, note 192, p. 13 et 20.

206. WYDRZYNSKI, *supra*, note 11, p. 156 ; FELICIANO, *supra*, note 167, p. 537, 538.

207. GOTLIEB, *supra*, note 192, p. 6 ; *supra*, paragraphe 2.3.2.1.

208. GREEN, L., « Institutional protection of human rights » dans *Le Devoir-supplément*, 3 décembre 1986, p. 39.

209. *M.E.I. c. Hudnik*, [1980] 1 C.F. 180, p. 181 ; *supra*, paragraphe 2.1.

210. TURP, *supra*, note 148, p. 372 s ; voir la doctrine et la jurisprudence citée : *supra*, note 149.

définition de « ressortissant étranger » beaucoup plus englobante que celle du « réfugié au sens de la Convention »²¹¹.

Cette « réticence » du législateur canadien, combinée à une jurisprudence inadaptée à l'ouverture qu'exige la situation de détresse des réfugiés, parvient-elle à maintenir « l'attitude traditionnellement humanitaire du Canada à l'égard des personnes déplacées et persécutées »²¹² ? Permettez-nous d'en douter.

Conclusion

Le droit canadien assure une protection relativement adéquate aux immigrants et aux réfugiés ; il nous apparaît, dans son ensemble, conforme aux obligations internationales contractées par le Canada. De même, le respect des droits fondamentaux de la personne, garanti par les chartes, ne peut être nié aux étrangers présents au Canada, *a fortiori* depuis l'affaire *Singh*. Cela ne signifie pas que la protection assurée est totalement « hermétique ». Notre diagnostic doit être tempéré et ne saurait être absolu. À titre d'exemple, les chartes ne peuvent permettre le contrôle des actes arbitraires commis par des agents d'immigration postés hors du Canada ; les chartes n'ayant pas en principe d'effet extra-territorial, les nombreux pouvoirs discrétionnaires conférés à ces agents d'immigration échappent au contrôle des chartes et laissent place à des abus potentiels.

Au surplus, même si la législation concernant l'immigration fait montre d'une certaine ouverture en comparaison à d'autres pays, la jurisprudence fait office de cerbère. En perpétuant les subtilités de raisonnement qui consiste notamment à concevoir l'immigration comme un privilège, la législation sur l'immigration comme étant de nature civile et la « souveraineté territoriale » comme un principe inaltérable, les tribunaux ont atténué assez considérablement la portée de mesures protectrices souvent insuffisantes à la base. En entérinant les décisions parfois douteuses d'agents d'immigration munis de pouvoir discrétionnaires trop étendus, les tribunaux ont parfois manqué à leur fonction première : assurer le respect de la primauté du droit par une interprétation généreuse et adaptée à la situation souvent précaire des étrangers.

211. *Loi sur le ministère des communautés culturelles et de l'immigration*, *supra*, note 5, a. 2 ; *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, c. M-23.1, r. 2, a. 18 : cet article couvre notamment les victimes de guerres et troubles civils, de changement de régime politique et de cataclysmes naturels.

212. *Supra*, note 4, a. 6(2).

Pour obvier aux lacunes législatives et aux restrictions jurisprudentielles, une réforme de la loi sur l'immigration s'impose car l'immigration est avant tout l'affaire du Parlement. Devant le nombre sans cesse croissant de revendicateurs du statut de réfugié qui affluent à nos portes, cette réforme envisagée ne saurait tarder. Toutefois, nous avons de sérieux doutes sur son orientation. Devant la levée de préjugés et d'appréhensions qui surgit d'une certaine partie de la population, il y a fort à parier que le projet de loi sur l'immigration présenté sous peu sera plus dur et plus ferme à l'endroit des étrangers qui réclament la protection du Canada. Soucieux de satisfaire une opinion publique qui s'indigne devant les pseudo-largesses de son gouvernement, le Canada risque fort de ployer sous les pressions qui émanent de sa population. Il est à souhaiter que l'avenir ne nous donne pas raison. Il serait irresponsable de laisser la panique dicter les choix du législateur fédéral; le statu quo vaudrait alors mieux qu'une réforme irréfléchie et irrespectueuse des droits de l'homme.

Si la réforme est nécessaire, ce n'est pas dans la fermeté qu'elle doit s'opérer. Elle ne doit pas être perçue d'abord comme un moyen de dissuasion contre l'immigration illégale mais bien comme un instrument de protection des réfugiés. Si le législateur fédéral entend mettre un frein à l'arrivée de « faux réfugiés » désireux de passer outre à la procédure habituelle, c'est par l'établissement d'une procédure plus ouverte à l'endroit des immigrants qu'il y parviendra. La politique « migratoire » canadienne est à notre avis bien assez sélective et ne nécessite pas des mesures telles le rejet des réfugiés provenant de pays en apparence sécuritaire ou même l'exigence de visas des réfugiés.

Aux prises avec le problème de l'immigration, le Canada va-t-il trahir son « attitude traditionnellement humanitaire » en préconisant une fermeture plus systématique de ses frontières ? Si tel était le cas, cette solution ternirait grandement sa réputation de terre d'accueil. Pris dans la contradiction flagrante entre un discours vertueux riche de valeurs humanitaires et une politique qui se complait à les restreindre, le Canada se devrait d'assumer les représailles de la communauté internationale, châtimement peut-être aussi « cruel » que la prise de ses responsabilités²¹³.

213. La recherche pour ce travail a été complétée en février 1987.